

**Brecha de género en Seguridad Social: los periodos de cotización efectiva**

**STSJ de La Rioja, Sala Social, de 10 de enero de 2019 (recurso de suplicación núm. 236/2018)**

**Lourdes López Cumbre**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*

---

**I. Introducción**

La prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes exige un período de carencia de ciento ochenta días en los últimos cinco años anteriores al hecho causante. En el supuesto que se analiza, la trabajadora encadenó dos prestaciones por maternidad y dos excedencias por cuidado de los dos hijos que, consecutivamente, había tenido en un breve espacio de tiempo, superior en todo caso a cinco años. Como consecuencia de ello, al reincorporarse a la empresa y sufrir una situación de incapacidad temporal por contingencia comunes, se le deniega la prestación correspondiente por no reunir el período de carencia indicado en los últimos cinco años.

Se da la circunstancia de que la excedencia por cuidado de hijo constituye período de cotización efectiva, ex art. 237.1 de la Ley General de la Seguridad Social, a efectos de acceder las pensiones de la Seguridad Social -jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia- y a determinadas prestaciones del sistema -maternidad y paternidad-, entre las que no se encuentra la incapacidad temporal. A pesar de ello, atendiendo a las exigencias que contempla la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y aplicando la doctrina jurisprudencial sobre la "teoría del paréntesis", el tribunal juzgador considera cumplido el período de carencia exigible y concede la prestación a la trabajadora demandante.

**II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución:** sentencia.

**Órgano judicial:** Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 7/2019, de 10 de enero.

**Número recurso o procedimiento:** recurso de suplicación núm. 236/2018.

**ECLI:** ES:TSJLR:2019:8.

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Cristóbal Iribas Genua.

**Votos Particulares:** no contiene.

### **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

#### *1. Hechos relevantes*

La demandante prestaba servicios para la empresa Megalab, SA, siendo ésta la adjudicataria del servicio de análisis clínicos del Hospital de Calahorra. La empresa Megalab, SA tiene concertada la cobertura de las contingencias profesionales y comunes con la Mutua Ibermutuamur. En julio de 2012, la trabajadora solicita excedencia por cuidado de hijo menor a disfrutar hasta octubre de 2014 pero en septiembre de 2014, antes de reincorporarse, la actora tiene otro hijo por el que percibirá la prestación de maternidad desde su nacimiento hasta enero de 2015. A continuación, la trabajadora solicita nueva excedencia por cuidado de hijo a finalizar en septiembre de 2017. Tras disfrutar de la misma, la trabajadora se incorpora a su puesto de trabajo iniciando ese mismo día un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común. En octubre de 2017, la Mutua Ibermutuamur le comunica por escrito a la trabajadora que no tiene derecho a percibir prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes por no reunir el período de carencia necesario, indicando la comunicación que no alcanza los ciento ochenta días cotizados en los últimos cinco años anteriores a la baja que exige la norma legal aplicable. Presentada reclamación previa por la trabajadora, es desestimada por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social en diciembre de 2017.

#### *2. Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Logroño*

La sentencia del Juzgado de lo Social estima la demanda de la trabajadora, declara su derecho a percibir la prestación de incapacidad temporal en relación al proceso iniciado en septiembre de 2017 y condena a la Mutua al abono de la citada prestación.

### **IV. Posiciones de las partes**

#### *1. La trabajadora demandante*

La actora interpuso demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Mutua Ibermutuamur en reclamación sobre prestación de incapacidad temporal por enfermedad común iniciada en septiembre de 2017. La prestación le había sido denegada por la Mutua al no reunir el período de carencia de ciento ochenta días cotizados en los últimos cinco años anteriores a la fecha de la baja, previsto legalmente. La razón de no disponer de esta cotización es que había permanecido en situación de excedencia por cuidado de hijo durante los años previos a la baja.

#### *2. La Mutua recurrente*

En su recurso, la Mutua denuncia, en el primero de sus motivos, la infracción de los arts. 165.2, 166 y 237.1 de la Ley General de la Seguridad Social, respectivamente, interpretando que estos preceptos establecen una relación cerrada de supuestos, que no permiten incluir la situación de excedencia por cuidado de hijos como situación asimilada al alta (-aunque más bien deba referirse a la consideración de período de cotización efectiva-), a efectos del período de carencia exigido para la prestación de incapacidad temporal. En el segundo de los motivos alegados, la Mutua considera que la sentencia del Juzgado de lo Social ha infringido el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el art. 163 de la Constitución Española, en la interpretación sobre las facultades jurisdiccionales establecida por la STC 173/2002, pues entiende que, si la juzgadora de instancia tenía dudas sobre la constitucionalidad de los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social mencionados, en lugar de acudir a una "interpretación integradora, debió haber acudido al procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad previsto tanto en el artículo 5.3 de la LOPJ como en el

*artículo 163 de la Constitución*". Finalmente, en el tercero de los motivos en los que basa su recurso, considera infringida la doctrina jurisprudencial referida a la "teoría del paréntesis", citando a tal efecto la STC 13/1984 y la STS de 25 de mayo de 2010, Ar. 5926.

## **V. Normativa aplicable al caso**

Procede destacar los arts. 165 y 166 de la Ley General de Seguridad Social, respectivamente. El art. 165 dispone, al regular las "condiciones del derecho a las prestaciones", que:

*"1. Para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario.*

*2. En las prestaciones cuyo reconocimiento o cuantía esté subordinado, además, al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables a tales efectos las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias.*

*3. Las cuotas correspondientes a la situación de incapacidad temporal, de maternidad, de paternidad, de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural serán computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones..."*

Por su parte, el art. 166 de la misma Ley establece las "situaciones asimiladas a la de alta" en el sentido siguiente:

*"1. A los efectos indicados en el artículo 165.1, la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta.*

*2. También tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato.*

*3. Los casos de excedencia forzosa, traslado por la empresa fuera del territorio nacional, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y los demás que señale el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan.*

*4. Los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral.*

*5. El Gobierno, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y previa la determinación de los recursos financieros precisos, podrá extender la presunción de alta a que se refiere el apartado anterior a alguna o algunas de las restantes contingencias reguladas en el presente título.*

*6. Lo establecido en los dos apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de la obligación de los empresarios de solicitar el alta de sus trabajadores en el Régimen General, conforme a lo dispuesto en el artículo 139, y de la responsabilidad empresarial que resulte procedente de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente.*

*7. Durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social".*

Asimismo, cabe recordar lo dispuesto en el art. 172 de la Ley General de la Seguridad Social en el que se establece que:

*"Serán beneficiarios del subsidio por incapacidad temporal las personas incluidas en este Régimen General que se encuentren en cualquiera de las situaciones determinadas en el artículo 169, siempre que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:*

*a) En caso de enfermedad común, ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.*

*b) En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización".*

Por lo que se refiere al art. 237.1 de la citada Ley General de la Seguridad Social sobre la "Prestación familiar en su modalidad contributiva", dispone que:

*"1. Los períodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción, tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad..."*

Finalmente, es necesario aludir a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En concreto, a sus arts. 3 y 4, respectivamente.

Por lo que se refiere al art. 3 sobre el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, en dicho precepto se señala que:

*"El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil".*

En cuanto al art. 4 sobre la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas se indica que:

*"La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas"*

## **VI. Doctrina básica**

### **1. Doctrina del Juzgado de lo Social**

Sobre la base de estos hechos, la juzgadora de instancia razona en el fundamento jurídico Cuarto de su sentencia, para motivar el fallo, lo siguiente: *"Ahora bien, toda la normativa expuesta debe interpretarse conforme a la LO 3/2007 de igualdad entre hombres y mujeres cuyo artículo 3 señala el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. En este sentido la trabajadora al tiempo de iniciar el proceso de incapacidad temporal que nos ocupa se encontraba de alta en la empresa, se había incorporado ese mismo día, sin embargo no tenía el periodo de carencia previsto en el artículo 172 de la LGSS, ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante. El motivo por el que la actora no tenía cotizaciones suficientes en los cinco años anteriores al hecho causante no fue otro que el haberse acogido a la excedencia por cuidado de hijo por*

*un primer hijo, que enlazó con un segundo hijo respecto del que recibió prestación por maternidad, periodo que debiera considerarse cotizado pero que no alcanza los 180 días, acogiendo a una nueva excedencia voluntaria por cuidado de hijo. Es un hecho notorio que la excedencia voluntaria por cuidado de hijo es solicitada en un porcentaje cercano al 90% son solicitadas por mujeres de ahí que el no computar los periodos de excedencia voluntaria a efectos de la prestación de incapacidad temporal supone una discriminación negativa hacia las mujeres trabajadoras que son quienes hacen uso en mayor parte de ese derecho quedando por ello, en situaciones como la presente, desprotegidas frente a procesos de incapacidad temporal posteriores. Es por ello que la interpretación de la normativa expuesta debe hacerse desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación, haciéndose eco para ello de la teoría del paréntesis".*

*Dicha doctrina deberá resultar "aplicable al caso de autos, siendo que la situación de excedencia por cuidado de hijo es una situación voluntaria ésta viene determinada por la imperiosa necesidad de conciliar la vida laboral y familiar, siendo un derecho que en ningún caso puede determinar un perjuicio para quien hace uso del mismo, y no puede ser equiparada aquellas situaciones en las que el trabajadora voluntariamente decide apartarse de forma definitiva del mercado laboral. Es por ello que debe excluirse del periodo de carencia de la incapacidad temporal aquellos periodos de excedencia voluntaria por cuidado de hijo, a fin de no situar a las trabajadoras por motivo de su decisión de ser madres en peor situación que otros trabajadores, dado que considerar lo contrario constituye una grave discriminación hacia las mujeres por ser quienes mayormente hacen uso de este derecho. Si se excluye el periodo de excedencia, no cabe duda de que sí presenta la trabajadora periodo de carencia suficiente, ya que hasta su primera excedencia tenía prácticamente 10 años cotizados, estando en situación de alta al tiempo del hecho causante, y en situación asimilada al alta en el periodo inmediatamente anterior al mismo".*

## **2. Doctrina del Tribunal Superior de Justicia**

*Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja entiende que "la Magistrada de instancia no ha dejado de aplicar las citadas normas por considerarlas contrarias a la Constitución, ni las ha interpretado forzando su sentido para acomodarlas a dicho ordenamiento constitucional, sino que, sin albergar duda alguna de su constitucionalidad, las ha interpretado y aplicado en el sentido que propugna tanto la doctrina del Tribunal Constitucional -cuando indica que el derecho al cuidado de hijos es uno de los derechos asociados a la maternidad de la mujer trabajadora amparada por el artículo 14 de la Constitución, y, por tanto, la interpretación y aplicación de las normas que a ella se refieren ha de realizarse en la forma que resulte más favorable a la efectividad del derecho (por todas, su sentencia 233/2007, de 5 de noviembre)-, como la propia legalidad ordinaria -así el artículo 5.1 LOPJ que obliga a los órganos judiciales a interpretar y aplicar las normas jurídicas conforme a la Constitución y a la doctrina del Tribunal Constitucional-, y en particular el artículo 237 de la LGSS que hemos transcrito, en relación con los artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres" (FJ 3).*

*Y, en aplicación de las citadas normas, "ha considerado que no sólo se cumplía por la demandante el requisito general de encontrarse en alta o situación asimilada al alta en el momento del hecho causante, sino también el específico de la cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante para poder acceder a la prestación por incapacidad temporal por medio de la aplicación de la denominada doctrina del paréntesis (TS 20/02/2018 -rec.1845/2016 - y 25/05/2010 -rec. 2345/2009). Y ha de considerarse que con la aplicación de dicha doctrina del paréntesis que realiza la sentencia recurrida se obtiene una interpretación adecuada, y acorde con la dimensión constitucional del derecho, de las referidas normas legales citadas y en concreto del artículo 237.1 LGSS en el que si bien no incluye (o excluye tácitamente) como periodo cotizado al correspondiente a la*



*situación de excedencia por cuidado de hijo a efectos de la incapacidad temporal, sin embargo el mismo puede ser interpretado sin dificultad, atendiendo a esa exigida efectividad del derecho constitucional que ampara a la excedencia por cuidado de hijo, en el sentido de que la norma lo que impone es excluir la prestación por la Incapacidad Temporal cuyo hecho causante se produzca durante la situación de esa excedencia, - en la que tampoco hay situación de alta a efectos de la IT ( Disposición Adicional Cuarta nº 1 del RD 295/2009, de 6 de marzo )-, pero tal exclusión no puede llegar más allá de lo que pretende el precepto de manera que, como en este recurso se plantea, se le exija a la trabajadora, una vez reincorporada al trabajo tras la excedencia, que cumplimente nuevamente la cotización de 180 días para acceder a la prestación de IT, lo cual no constituiría sino una penalización por la exclusiva causa de haber utilizado el derecho de excedencia por cuidado de hijo, que, como ya se ha dicho, contraviene la normativa constitucional y ordinaria que ampara el derecho a la maternidad e igualdad. Siendo por ello la solución adecuada la que adopta la sentencia recurrida cuando, en aplicación de la doctrina del paréntesis, excluye para la acreditación del cumplimiento de la carencia requerida el período en el que la actora permaneció en situación de excedencia, siendo indiscutido que, en estos términos, acreditaba sobradamente su cumplimiento por haber cotizado ininterrumpidamente desde el 14 de octubre de 2002 hasta el 29 de julio de 2012, en la que inició la primera excedencia" (FJ 3).*

## **VII. Parte dispositiva**

El Tribunal desestima el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua Ibermutuamur frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, en autos seguidos a instancia de la actora contra el INSS, la TGSS y la Mutua recurrente, confirmando la sentencia dictada en la instancia, y condenando a la Mutua al pago de la prestación con la pérdida del depósito y la consignación constituidos para recurrir.

## **VIII. Pasajes decisivos**

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja señala con contundencia la necesidad de considerar que *"con la aplicación de dicha doctrina del paréntesis que realiza la sentencia recurrida se obtiene una interpretación adecuada, y acorde con la dimensión constitucional del derecho, de las referidas normas legales citadas y en concreto del artículo 237.1 LGSS en el que si bien no incluye (o excluye tácitamente) como período cotizado al correspondiente a la situación de excedencia por cuidado de hijo a efectos de la incapacidad temporal, sin embargo el mismo puede ser interpretado sin dificultad, atendiendo a esa exigida efectividad del derecho constitucional que ampara a la excedencia por cuidado de hijo, en el sentido de que la norma lo que impone es excluir la prestación por la Incapacidad Temporal cuyo hecho causante se produzca durante la situación de esa excedencia, -en la que tampoco hay situación de alta a efectos de la IT ( Disposición Adicional Cuarta nº 1 del RD 295/2009, de 6 de marzo )-, pero tal exclusión no puede llegar más allá de lo que pretende el precepto de manera que, como en este recurso se plantea, se le exija a la trabajadora, una vez reincorporada al trabajo tras la excedencia, que cumplimente nuevamente la cotización de 180 días para acceder a la prestación de IT, lo cual no constituiría sino una penalización por la exclusiva causa de haber utilizado el derecho de excedencia por cuidado de hijo, que, como ya se ha dicho, contraviene la normativa constitucional y ordinaria que ampara el derecho a la maternidad e igualdad" (FJ 3).*

## **IX. Comentario**

1. Igualdad y protección social parecen evolucionar de forma paralela hasta el punto de estar destinadas a encontrarse. Sin embargo, hasta la fecha y pese a los avances logrados, sigue existiendo una diferencia de trato en materia de prestaciones y pensiones, en algunos casos discriminatoria y en buena parte de los mismos por razón de género. Que la brecha salarial se traduzca en una menor pensión o prestación parece consecuente en un sistema contributivo que exige dar para recibir. Pero que el sistema de Seguridad Social -contributivo- no sea capaz de compensar las desigualdades generadas en el mercado de trabajo con una redistribución de las cargas soportadas, no sólo resulta inaceptable sino incoherente.

Precisamente ha sido en el ámbito de las prestaciones familiares en el que se han intensificado los esfuerzos para conseguir una mayor equiparación tanto en la protección social como, por extensión, en la relación laboral. Si se equiparan permisos de maternidad y paternidad o se amplían las excedencias y sus consecuencias no sólo al cuidado de hijos sino a la atención y cuidado de familiares, las reticencias a la contratación, promoción y retribución de la mujer irán disminuyendo hasta -sería deseable- desaparecer. Pero, además, si se consigue paliar los efectos que las interrupciones -más o menos prolongadas- sufre la mujer en su vida laboral y, por ende, en su carrera de cotización, a través de medidas o instrumentos que relativicen estas entradas y salidas frecuentes en el mercado de trabajo, se evitarán esos temores fundados a no lograr nunca, pese a los esfuerzos, acceder a una pensión o prestación contributiva por derecho propio.

En este contexto hay que interpretar medidas como la de los "períodos de cotización efectiva" en tanto supuestos que simulan el alta y/o la cotización en situaciones en que las carreras se suspenden por algún motivo. Sirva de ejemplo el art. 165.5 de la Ley General de la Seguridad Social que permite considerar como período de cotización efectiva al período de suspensión con reserva de puesto de trabajo contemplado en el art. 48.10 del Estatuto de los Trabajadores en situaciones de violencia de género; o, en ese mismo precepto, pero en su apartado sexto, cuando considera la maternidad o paternidad subsistente a la fecha de extinción del contrato como período de cotización efectiva. Y sirva como referencia el precepto clave de este comentario, el art. 237.1 de la Ley General de la Seguridad Social que permite ampliar esta consideración como período de cotización efectiva a los períodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores,.

Sin embargo, y siendo común la finalidad de ambos preceptos -la del art. 165 y la del art. 237, ambos de la Ley General de la Seguridad Social-, las consecuencias son bien distintas. En el primer caso -y tanto en el supuesto que protege la violencia de género como cuando se efectúa la referencia a la maternidad o la paternidad-, el período de cotización efectiva se considerará *"a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave"* en el caso de violencia de género (art. 165.5) y *"a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave"* en el supuesto referido a maternidad y paternidad (art. 165.6). En el segundo, esto es, cuando se trate de excedencia por cuidado de hijos y hasta un límite de tres años, dicho período será considerado a efectos de las *"correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad"*.

Al margen de las diferencias que pueda haber entre uno y otro -más amplio el primero que el segundo- y en los distintos apartados de un mismo precepto -el art. 165.5 omite la referencia a la paternidad, que sí aparece en el art. 165.6-, ninguno de ellos recoge el supuesto de incapacidad temporal, generando dificultades como las resueltas en esta sentencia. Tal vez la razón de esta exclusión se halle en el escaso período de carencia exigido para esta prestación -ciento ochenta días- y en el relativo breve espacio de tiempo para su cumplimiento -cinco años antes del hecho causante-, en comparación con exigencias como las de la pensión de jubilación que requieren mayores esfuerzos en la cotización. Pero sería un argumento difícilmente aceptable si se tiene en cuenta que prestaciones incluidas -maternidad, paternidad, desempleo, cuidado de menores con enfermedades graves- requieren idénticos o similares períodos de carencia.

2. Y constituye éste un punto clave de la sentencia que se analiza y de la sentencia de instancia que se confirma. Hasta qué punto el Juzgado de lo Social

realiza una labor de integración en la interpretación, plenamente justificable en la aplicación del Derecho, o efectúa una actividad de creación normativa, reservada en exclusiva al legislador. Como señala la Mutua recurrente en una de sus alegaciones, si el Juzgado tenía dudas sobre la configuración de la norma legal y su ajuste al marco constitucional, debería haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad, permitiendo al Tribunal Constitucional manifestarse al respecto.

Pero, ni en instancia ni en fase de suplicación, se ha considerado necesario recurrir a la ayuda del Alto Tribunal. Básicamente por dos razones. La primera, por estimar los juzgadores que el ordenamiento jurídico dispensa recursos suficientes para adoptar una solución al conflicto. Como señalara la STC 173/2002, *"ciertamente el órgano judicial no planteó la cuestión de inconstitucionalidad solicitada... mas reiteradamente hemos dicho que el suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevisable atribuida por el art. 163 CE a los órganos judiciales, que pueden no plantearla si estiman constitucional y, por lo tanto, aplicable la Ley cuestionada"* (FJ 5 y, en idéntica línea en SSTC 159/97, FJ 5; 119/98, FJ 6 y 35/02, FJ 3). Pues bien, en este caso, la respuesta se hallaba en el ordenamiento jurídico. Por un lado, la propia Ley General de la Seguridad Social que, en una interpretación sistemática de la misma, no impedía ampliar los efectos del período de cotización efectiva descritos, en los términos expuestos, también a los supuestos de incapacidad temporal. Y, por otra parte, la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres que incorpora garantías de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad, lo que obliga directamente a los jueces en la adopción de sus decisiones.

La segunda de las razones que invitaba a no dilatar este proceso con un recurso de inconstitucionalidad es precisamente la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo para aquellos supuestos en los que, como éste, procede aplicar una suspensión en el cómputo de los períodos exigidos (teoría del paréntesis) a efectos de favorecer el acceso a las prestaciones por quienes, por razones plenamente justificadas, no pueden reunir los requisitos establecidos en la norma. Como señalara la STS de 25 de mayo de 2010, Ar. 5926, la denominada "doctrina del paréntesis" ha sido aplicada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para evitar perjuicios excesivos a los beneficiarios, constatados ante la imposibilidad o la extrema dificultad en que se encontraban algunos trabajadores para acreditar las denominadas "carencias cualificadas" *"exigidas por el art. 138 de la LGSS cuando procedían de la antigua situación de invalidez provisional; y consiste en calcular la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente -cuando en el periodo de cotización legalmente exigido existe un largo periodo de tiempo en el que no hubo obligación de cotizar, como sucedía en los aludidos supuestos de invalidez provisional- partiendo del día inmediatamente anterior al momento en que se produjo la situación que dió lugar a la exención del deber de cotización"* (FJ 3). Ya la STS de 7 de febrero de 2000, Ar. 1610, había ordenado calcular la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente comenzando a contar las cotizaciones desde el día inmediatamente anterior al momento en que se produjo dicha situación. Se apoyó para ello en la falta de concreción del concepto "hecho causante" utilizado en los arts. 138 y 140 de la LGSS/94, y, como consecuencia de ello, en *"evitar imponer al solicitante un perjuicio no justificado por un hecho que no le resulta imputable y en virtud de la utilización por parte de la ley de un término equívoco, de lo que se deduce que la Sala requería que, para la aplicación de la mencionada doctrina, habrían de concurrir dos requisitos: a) un periodo prolongado durante el que no hubiera habido obligación de cotizar, y b) que la situación de exención del deber de cotizar fuera ajena a la voluntad del interesado, requisitos ambos que se daban en la antigua situación de invalidez provisional, que podía extenderse hasta un periodo de cuatro años"* (STS de 25 de mayo de 2010, Ar. 5926, FJ 3).

Creada en un primer momento para solventar estas situaciones que generaban perjuicios a los cotizantes, esta teoría del paréntesis fue restringida con posterioridad en su aplicación tan sólo para las pensiones de incapacidad, siendo extendida después a todos aquellos casos en que se aprecie dicha dificultad aplicativa y un



gravamen excesivo para el trabajador. De ahí que no sorprenda que las dos sentencias dictadas en este proceso resuelvan recurriendo a esta doctrina y permitiendo "suspender" el cálculo del período de carencia durante la última excedencia por cuidado de hijo de la trabajadora, aceptando que, tras dicho paréntesis, los requisitos exigidos para acceder a la incapacidad temporal se cumplen en su integridad.

#### **X. Apunte final**

La combinación de dos instrumentos -legal y jurisprudencial- permite adoptar una solución que resulta razonable y proporcionada. Razonable porque, de lo contrario, quienes se encuentren en una situación como la analizada, en la que la trabajadora accede a la prestación por maternidad, disfruta de una excedencia por cuidado de hijo y regresa al trabajo causando prestación por incapacidad temporal, no podrán cumplir, en la mayor parte de los casos -salvo que los períodos de disfrute de las anteriores prestaciones sean muy cortos, lo que no suele ser habitual-, con los requisitos exigidos para obtener dicha prestación, quedando al margen de su cobertura. Lo que, por otra parte, podría suponer una consecuencia no deseada como la que conllevaría intentar presentar formalmente como incapacidad derivada de accidente de trabajo -en la que no se exige período de cotización alguno- aquellas situaciones que provienen realmente de una contingencia común. Pero, además, constituye una solución proporcionada en tanto supone un ajuste perfecto con todas aquellas otras prestaciones que, como se ha podido comprobar, sí se hallan incluidas en la fórmula de cómputo como período de cotización efectiva - maternidad, paternidad, desempleo, cuidado de menor enfermo grave, etc.-, teniendo una similar o idéntica factura a la de la incapacidad temporal. En definitiva, *interpretar para intermediar*.